SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 29 de octubre de 2009 *

En el asunto C-536/07,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 30 de noviembre de 2007,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. D. Kukovec y R. Sauer, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Federal de Alemania, representada por los Sres. M. Lumma y J. Möller, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de la Sala Tercera, en funciones de Presidente de la Sala Cuarta, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász (Ponente), G. Arestis y J. Malenovský, Jueces;

Abogado General: Sra. V. Trstenjak;
Secretario: Sr. N. Nanchev, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 25 de marzo de 2009;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 4 de junio de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, en relación con el artículo 11, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), al haber celebrado el Ayuntamiento de Colonia, el 6 de agosto de 2004, un contrato denominado «contrato relativo al arrendamiento de una finca con cuatro pabellones feriales» con Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR,

actualmente Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (en lo sucesivo, «GKM GbR»), sin recurrir a un procedimiento de contratación con licitación de ámbito europeo conforme a dichas disposiciones.

Normativa comunitaria

2 El artículo 1 de la Directiva 93/37 tiene el siguiente tenor:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) *contratos públicos de obras:* los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

b) *poderes adjudicadores:* […] los entes territoriales […]

[…]

c) *obra:* el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica;

[…]»

3 El artículo 6 de la citada Directiva establece:

«1. La presente Directiva se aplicará:

a) a los contratos públicos de obras cuyo valor sin el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior al equivalente en ecus de 5 millones de derechos especiales de giro (DEG);

[…]»

4 En el artículo 7, apartados 2 y 3, de esta misma Directiva se enumeran los casos en los que las entidades adjudicadoras podrán adjudicar sus contratos de obras recurriendo al procedimiento negociado. Así, conforme al apartado 3, letra b), de dicha disposición, las entidades adjudicadoras podrán recurrir a este procedimiento «cuando, a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusividad, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado contratista».

5 Conforme al apartado 4 del citado artículo 7:

«En todos los demás casos, las entidades adjudicadoras adjudicarán sus contratos de obras recurriendo al procedimiento abierto o al procedimiento restringido.»

6 El artículo 11 de la Directiva 93/37 recoge las reglas sobre publicidad que deberán cumplir, particularmente, las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de obras a través de un procedimiento abierto o restringido.

7 Por último, el artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), establece:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *contratos públicos de servicios:* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes:

[…]

iii) los contratos de adquisición o de arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos

de servicios financieros celebrados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, estarán sujetos a la presente Directiva;

[…]»

Operación controvertida y procedimiento administrativo previo

8 KölnMesse GmbH (en lo sucesivo, «KölnMesse») es una sociedad de Derecho privado participada en un 79,02 % por el Ayuntamiento de Colonia y en un 20 % por el Land de Renania del Norte Westfalia, repartiéndose el 0,98 % restante diversos organismos y asociaciones. Su objeto social es la organización y realización de ferias y exposiciones para el fomento de la industria, el comercio y la artesanía.

9 El 18 de diciembre de 2003, KölnMesse vendió a GKM-GbR, una sociedad privada de inversiones, un solar para la construcción de cuatro pabellones feriales por un valor de 67,4 millones de euros. El contrato de compraventa de dicho terreno comprendía un proyecto de urbanización.

10 El 6 de agosto de 2004, el Ayuntamiento de Colonia celebró con GKM-GbR un contrato denominado «contrato relativo al arrendamiento de una finca con cuatro pabellones feriales», según el cual ésta cedió a aquél el uso, durante treinta años, de dicho terreno y de los edificios que debían construirse en éste, a cambio del pago de una renta mensual por importe de 1.725.000 euros, si bien en los primeros trece meses de arrendamiento no se abonaría renta alguna. Las partes convinieron referirse a éste como «contrato principal». Con arreglo a lo dispuesto en este último, GKM-GbR debía realizar obras de calidad media, como mínimo, y entregarlas al Ayuntamiento de Colonia, conforme a las instrucciones especificadas en el contrato, relativas a las dimensiones de los edificios, su naturaleza y equipamiento. Éste se define en el expediente de licencia de obra del

Ayuntamiento de Colonia. Según la estimación de KölnMesse, que no ha sido discutida por la Comisión, el coste de las obras ascendió a unos 235 millones de euros.

11 El 11 de agosto de 2004, por medio de un contrato denominado «contrato de subarrendamiento de una finca y cuatro pabellones feriales», cuyas cláusulas son prácticamente idénticas a las del contrato principal, el Ayuntamiento de Colonia cedió a KölnMesse el uso de los edificios pendientes de construcción que se describen en el contrato principal. Los días 11 y 16 de agosto de 2004, las citadas entidades celebraron un acuerdo denominado «acuerdo de ejecución del contrato de subarrendamiento», mediante el cual el Ayuntamiento de Colonia facultaba a KölnMesse para el cumplimiento de la mayor parte de las obligaciones y el ejercicio de la mayor parte de los derechos que correspondían a aquél frente a GKM-GbR. El Ayuntamiento de Colonia debía igualmente garantizar la ejecución integral del contrato por parte de GKM-GbR en directa colaboración con KölnMesse.

12 Las partes convinieron que el importe de la contrapartida debida por el Ayuntamiento de Colonia a GKM-GbR en virtud del contrato principal, a saber la renta mensual que debía pagar durante el período de treinta años de duración del contrato, era de aproximadamente 600 millones de euros.

13 Según la República Federal de Alemania, el 1 de diciembre de 2005 concluyó la construcción de los pabellones y la obra fue entregada al Ayuntamiento de Colonia como arrendatario principal.

14 El 7 de septiembre de 2005, la Comisión recibió una denuncia según la cual la operación antes descrita constituía un contrato de obras públicas adjudicado sin aplicar la normativa comunitaria en la materia.

15 Mediante escrito de 19 de diciembre de 2005, la Comisión requirió a la República Federal de Alemania para que presentasen sus observaciones al respecto.

16 Mediante escrito de 15 de febrero de 2006, la República Federal de Alemania alegó que KölnMesse no era una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, de manera que la operación controvertida no pertenecía al ámbito del Derecho comunitario en materia de contratos públicos. Al escrito se adjuntó una copia de los estatutos de KölnMesse.

17 El 4 de julio de 2006, la Comisión envió a la República Federal de Alemania un escrito de requerimiento complementario mediante el cual solicitaba de dicho Estado miembro una relación completa de los contratos celebrados en el marco de la operación controvertida, junto con cualquier otra documentación o información pertinentes.

18 Mediante escrito de 8 de septiembre de 2006, la República Federal de Alemania reiteró su punto de vista según el cual la operación controvertida no pertenecía al ámbito del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y trasladó a la Comisión, sin los anexos, los contratos mencionados en los apartados 10 y 11 de la presente sentencia.

19 Mediante escrito de 18 de octubre de 2006, la Comisión dirigió a la República Federal de Alemania un dictamen motivado en el que la instaba a cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos en un plazo de dos meses a partir de su recepción.

20 Mediante escrito de 12 de diciembre de 2006, la República Federal de Alemania negó de nuevo la existencia de una infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, alegando además que, en todo caso, el procedimiento por incumplimiento era inadmisible dado que el 1 de diciembre de 2005, antes incluso del envío del escrito de requerimiento, la construcción de los pabellones ya había concluido y la obra se había entregado al Ayuntamiento de Colonia.

21 Como consecuencia de esta postura, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la admisibilidad

22 La República Federal de Alemania propone una excepción de inadmisibilidad alegando que, en el momento de la expiración del plazo señalado en el dictamen motivado, el 18 de diciembre de 2006, el contrato controvertido ya se había consumado, dado que los trabajos de construcción que menciona el citado recurso habían concluido desde hacía mucho tiempo. En este sentido, la República Federal de Alemania se remite a un acta de recepción («Übernahmeprotokoll») aprobada el 30 de noviembre de 2005, tras tres días de negociaciones entre el Ayuntamiento de Colonia y GKM-GbR, por consiguiente antes incluso del envío del escrito de requerimiento, que demuestra que las obras controvertidas fueron entregadas por la segunda en debida forma y aceptadas por el primero en la fecha indicada. Dichas obras se utilizaron además conforme a la finalidad prevista a partir del mes de enero de 2006. El 16 de enero 2006, en efecto, tuvo lugar, en el recinto de que se trata, la inauguración de la feria internacional del mueble.

23 A este respecto, debe recordarse que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en materia de adjudicación de contratos públicos, procede declarar la inadmisibilidad de un recurso por incumplimiento cuando el contrato de que se trate ya ha desplegado todos sus efectos al expirar la fecha fijada en el dictamen motivado (véanse, entre otras, las sentencias de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apartado 18 y jurisprudencia citada, y de 11 de octubre de 2007, Comisión/Grecia, C-237/05, Rec. p. I-8203, apartado 29).

24 Por tanto, procede comprobar si en el presente asunto, en el momento de expiración del plazo establecido en el dictamen motivado, el 18 de diciembre de 2006, el contrato

controvertido seguía ejecutándose, al menos en parte, o por el contrario, éste se había consumado ya desplegando todos sus efectos.

25 El Tribunal de Justicia considera los conceptos de «contrato controvertido» o, según otra fórmula utilizada en la jurisprudencia, de «adjudicación impugnada» (véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609, apartado 33 y jurisprudencia citada) en el contexto general de la operación controvertida, valorada en su totalidad y en función de sus elementos de fondo.

26 En el presente asunto ha quedado acreditado que el fin último de la operación que vincula al Ayuntamiento de Colonia y a KölnMesse era la cesión a largo plazo en favor de dicha sociedad, participada mayoritariamente por el Ayuntamiento de Colonia, de los pabellones edificados por GKM-GbR. Al mismo tiempo, el Ayuntamiento de Colonia se obligó, mediante un contrato de arrendamiento, al pago de una renta mensual a GKM-GbR que, como ha reconocido la República Federal de Alemania, estaba destinada realidad a financiar las obras de que se trata.

27 La finalidad y las modalidades de ejecución de dicha operación se recogen en particular en el contrato de arrendamiento calificado como «principal», celebrado el 6 de agosto de 2004, por el que GKM-GbR se obligó a edificar las obras que serían arrendadas conforme a las instrucciones especificadas por el Ayuntamiento de Colonia, así como en el contrato de subarrendamiento y en el «acuerdo de ejecución del contrato de subarrendamiento» por los que el Ayuntamiento de Colonia cedió a KölnMesse el uso de los edificios que debían construirse.

28 Por consiguiente, la operación controvertida está formada por un capítulo dedicado al «proyecto de construcción» y otro referido al «arrendamiento» o «financiación» de éste. En este sentido, además de determinar cuál es el elemento preponderante u objetivo principal de dicha operación o si el Ayuntamiento de Colonia ha actuado simplemente como garante de GKM-GbR, cuestiones cuyo examen corresponde al fondo del asunto, es preciso hacer constar que los diferentes apartados que forman la citada operación constituyen un todo indisociable. En efecto, los trabajos de construcción, tal como fueron concebidos y ejecutados no habrían tenido razón de ser de no haberse celebrado el contrato de arrendamiento, y este último no habría tenido existencia autónoma sin la realización de las obras previstas en el contrato. Por

consiguiente, no cabe acoger la tesis de que el contrato principal tiene elementos relevantes y otros irrelevantes o neutros en relación con el presente recurso.

29 Por consiguiente, para apreciar la admisibilidad del recurso procede valorar la operación controvertida en su conjunto y a la vista de todos los parámetros y elementos que la definen.

30 Así, el contrato controvertido, a saber la operación controvertida considerada en su conjunto, no se había consumado cuando expiró el plazo establecido en el dictamen motivado por el hecho de que los trabajos de construcción de que se trata habían concluido. En efecto, la parte de «arrendamiento» de la citada operación seguía desplegando sus efectos en dicha fecha.

31 Del conjunto de consideraciones anteriores se desprende que debe declararse la admisibilidad del recurso presentado por la Comisión.

Sobre el fondo

Alegaciones de las partes

32 La Comisión alega que entre KölnMesse y GKM-GbR no existe ningún vínculo contractual y que tampoco ha surgido ningún derecho ni obligación entre ellas. Según la Comisión, la única contraparte contractual de GKM-GbR en el presente asunto es el Ayuntamiento de Colonia. En efecto, con arreglo al contrato principal, sólo éste contrajo obligaciones de manera efectiva respecto a GKM-GbR. Además, KölnMesse

no habría podido ejecutar un proyecto de construcción como el controvertido en el asunto principal sin la intervención del Ayuntamiento de Colonia y GKM-GbR no habría consentido realizar dicho proyecto sin la cobertura financiera de este último. Además, KölnMesse no se convirtió en deudora de GKM-GbR.

33 Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la operación controvertida, la Comisión alega que se trata de un contrato público de obras. Ésta sostiene, en primer lugar, que el Ayuntamiento de Colonia, ente territorial que actúa como entidad adjudicadora, celebró por escrito un contrato de carácter oneroso con GKM-GbR, en calidad de contratista, para la ejecución por esta última de unas obras que debían entregarse a la citada entidad adjudicadora a su finalización, cuyo valor superaba ampliamente el previsto por las normas comunitarias. En segundo lugar, respecto al objeto de la operación, la Comisión alega que el proyecto de construcción de los edificios controvertidos, destinados únicamente a la celebración de ferias, no partió de la iniciativa de GKM-GbR. Del contrato principal se desprende igualmente que dichas obras fueron ejecutadas conforme a las instrucciones que impuso el Ayuntamiento de Colonia, las cuales no constituían unas meras indicaciones en el marco de un contrato de arrendamiento. Por consiguiente, el presente asunto versa sobre la realización de una obra que responde a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra a), último inciso, de la Directiva 93/37.

34 La Comisión alega que esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que el contrato principal incorpore elementos propios de un contrato de arrendamiento, a saber la cesión del uso de los edificios a cambio del abono de una renta, que constituye a su vez la retribución por la realización de dichas obras. En efecto, no es posible diferenciar un capítulo relativo al «proyecto de construcción» y otro referido al «arrendamiento» o «financiación» de ésta, de modo que la primera parte quede incluida en el ámbito de la Directiva 93/37 y la segunda, en tanto que prestación de servicios, en el de la Directiva 92/50. En todo caso, la Comisión recuerda que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de un contrato se determina por su objeto principal, y en el caso de autos éste constituye la realización de una obra.

35 La Comisión señala en último lugar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de saber si el Ayuntamiento de Colonia tenía la intención de usar él mismo los edificios que debían construirse o pretendía ponerlos a disposición de un

tercero, son cuestiones que carecen de relevancia para determinar si la operación controvertida constituye un contrato público de obras, como el hecho de saber si dicha entidad territorial adquirirá la propiedad de la finca o de los pabellones al término del contrato principal. La Comisión llega a la conclusión de que el Ayuntamiento de Colonia debía haber sometido el contrato controvertido a un procedimiento de adjudicación conforme a lo establecido en los artículos 7, apartado 4, y 11 de la Directiva 93/37.

36 La República Federal de Alemania responde que KölnMesse ha sido la única contraparte contractual de GKM-GbR en el presente asunto, dado que dichas empresas son las que se han obligado realmente en virtud del contrato principal. En efecto, en el marco de una interpretación funcional del conjunto de la operación, KölnMesse y GKM-GbR celebraron un contrato de subarrendamiento, el cual fue concebido y concluido al mismo tiempo y en términos muy parecidos a los del contrato principal, en virtud del cual la primera se convirtió en única arrendataria y la segunda en arrendador y por el cual se transfirieron a KölnMesse todos los derechos y obligaciones resultantes de aquél.

37 Además, KölnMesse concibió y ejecutó la operación controvertida con objeto de arrendar para sí los pabellones que debían construirse en la finca de la que era propietaria y era ella, en definitiva, quien tenía en uso los edificios de que se trata y la que pagaba en este sentido la renta convenida. La ausencia de vínculos contractuales directos entre KölnMesse y GKM-GbR se debe a la estructura triangular de la operación, a la que por motivos de eficacia se incorporó el Ayuntamiento de Colonia en tanto que garante, y no como deudor solidario.

38 Por consiguiente, la República Federal de Alemania considera que a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, únicamente KölnMesse, como contraparte contractual auténtica de GKM-GbR, debe ser evaluada a la luz del concepto de entidad adjudicadora, y no el Ayuntamiento de Colonia. Dado que el recurso de la Comisión se dirige exclusivamente contra este último, debe ser desestimado.

39 Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la operación controvertida, la República Federal de Alemania alega que el contrato celebrado entre el Ayuntamiento de Colonia y GKM-GbR no es un contrato de obras sino un simple contrato de garantía financiera anexo al contrato principal concluido entre GKM-GbR y KölnMesse.

40 Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para la calificación jurídica de un contrato complejo al que se le aplican distintas normas comunitarias en materia de contratos públicos procede acudir al objeto principal de éste, y para considerar que se trata de un contrato público de obras su objeto deberá consistir en la realización de una obra. El citado Estado miembro cita, en este sentido, la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Rec. p. I-1329). Ahora bien, según la República Federal de Alemania, el objeto principal de los contratos de que se trata en el caso de autos no era la realización de una obra. En efecto, tanto el contrato principal como el contrato de subarrendamiento no son de ningún modo «contratos de construcción» sino, formal y materialmente, «contratos de arrendamiento», en los cuales la contraparte obtiene a título oneroso un derecho de uso de los edificios controvertidos. Desde una perspectiva funcional, el objetivo del contrato de obras controvertido, en el que interviene el Ayuntamiento de Colonia, es la financiación del proyecto concebido por KölnMesse.

41 Que el objeto principal del contrato es el arrendamiento de los edificios controvertidos queda demostrado igualmente, por un lado, al comparar el coste del arrendamiento a treinta años, que asciende a una cantidad aproximada de 600 millones de euros, con el coste de la construcción de dichos edificios, que es, según la República Federal de Alemania, de tan sólo unos 235 millones de euros y, por otro lado, por la ausencia de una estipulación contractual referida a una opción de compra o una obligación de recompra de los citados edificios por el Ayuntamiento de Colonia o por KölnMesse al término del contrato. Por dichas razones GKM-GbR es la que soporta finalmente el riesgo económico de la operación controvertida.

42 Por consiguiente, según la República Federal de Alemania, tanto si el objeto principal del contrato principal versa sobre un servicio de arrendamiento como si se trata de un servicio de financiación, ambas situaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 y la infracción, en su caso, de dicha normativa, no es objeto del presente procedimiento.

Apreciación del Tribunal de Justicia

43 Con el fin de determinar, en primer lugar, qué entidad constituye la contraparte contractual de GKM-GbR, y si dicha contraparte cumple los requisitos para ser calificada como entidad adjudicadora, procede señalar que el recurso de la Comisión versa sobre el contrato de arrendamiento denominado «principal» celebrado el 6 de agosto de 2004 entre el Ayuntamiento de Colonia y GKM-GbR.

44 A pesar de este hecho, la República Federal de Alemania sostiene que, desde una perspectiva funcional, KölnMesse es la contraparte contractual real de GKM-GbR y auténtica arrendataria en virtud del contrato de subarrendamiento. En efecto, KölnMesse concibió la ejecución de la operación controvertida, ostenta en definitiva el derecho de uso de los edificios de que se trata y abona en contrapartida la retribución pactada.

45 Consta, sin embargo, que el contrato principal celebrado el 6 de agosto de 2004 entre GKM-GbR y el Ayuntamiento de Colonia no contiene ninguna mención a KölnMesse. Procede señalar igualmente que el Ayuntamiento de Colonia llevó las negociaciones previas a la conclusión de dicho contrato en su nombre y por cuenta propia. Además, las instrucciones precisas para la realización de las obras controvertidas fueron incorporadas al contrato por el Ayuntamiento de Colonia y únicamente frente a éste se obligó GKM-GbR. Del mismo modo, los tratos resultantes en el acta de recepción de los edificios controvertidos, de 30 de noviembre de 2005, fueron conducidos por el Ayuntamiento de Colonia y dicha acta fue firmada por éste y por GKM-GbR, sin ninguna referencia a KölnMesse.

46 Por consiguiente, KölnMesse no intervino de ningún modo en la relación contractual entre GKM-GbR y el Ayuntamiento de Colonia.

47 No es óbice para considerar que no existe vínculo contractual entre KölnMesse y GKM-GbR el hecho de que la primera vendiera a la segunda la finca donde se construyeron los edificios de que se trata. Este contrato no es, en efecto, relevante a los efectos de la operación impugnada, cuyo objeto es la construcción y arrendamiento de los citados edificios.

48 Tampoco el contrato de subarrendamiento de 11 de agosto de 2004 y el convenio de ejecución de éste, de la misma fecha, contradicen la afirmación precedente, dado que afectan únicamente a las relaciones entre KölnMesse y el Ayuntamiento de Colonia, y no influyen en absoluto en la relación contractual de ésta con GKM-GbR ni en las obligaciones recíprocas asumidas por éstas.

49 Tampoco es relevante que la operación controvertida fuese concebida inicialmente por KölnMesse, ya que esta última no aparece en el contrato principal concluido con GKM-GbR.

50 Carece de relevancia igualmente el hecho de que el uso de los edificios controvertidos esté afecto a las actividades de KölnMesse, que tiene en definitiva el derecho de uso de éstos y ha de abonar por ese concepto una contraprestación mensual (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartados 33, 35 y 42). Procede señalar además, en este contexto, que como se desprende de una serie de documentos de 8 de diciembre de 2003 y de 14 de julio de 2004, denominada «carta de intenciones», que no ha sido discutida por la República Federal de Alemania, el Ayuntamiento de Colonia se obligó a asumir la carga financiera de la operación controvertida en el caso de que, a partir de 2012, KölnMesse no pudiera responder al pago de la renta.

51 Por consiguiente, una aproximación funcional a la operación impugnada, como ha sostenido la república Federal de Alemania no contradice el hecho probado de que, partiendo del contrato principal, el Ayuntamiento de Colonia es la única contraparte contractual de GKM-GbR, reconocida y aceptada como tal por ésta, ni aboca a la sustitución de el Ayuntamiento de Colonia por KölnMesse en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de dicho ente territorial.

52 Por tanto, procede declarar que, en el marco de la operación controvertida, el Ayuntamiento de Colonia es la única contraparte contractual de GKM-GbR. El citado ente territorial constituye una entidad adjudicadora a los efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

53 En segundo lugar, procede resolver la cuestión de la calificación jurídica de la operación controvertida para comprobar si constituye un contrato público de obras en el sentido de la normativa comunitaria.

54 En este sentido, debe recordarse de entrada que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación jurídica del contrato compete al Derecho comunitario y que la calificación que recibe en Derecho nacional no es pertinente a estos efectos (véase, en este sentido, la sentencia Auroux y otros, antes citada, apartado 40 y jurisprudencia citada). De igual modo, la calificación jurídica del contrato dada por las partes tampoco es determinante.

55 Procede señalar seguidamente que la definición del concepto de «contrato público de obras» establecida en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 abarca todos los contratos onerosos, independientemente de su calificación, celebrados entre una entidad adjudicadora y un contratista, que tengan por objeto la ejecución por éste de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la misma Directiva. El criterio esencial en este sentido es que la obra responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora, al margen de los medios empleados para su realización.

56 Respecto al objeto de la operación controvertida, procede señalar que el contrato principal, celebrado el 6 de agosto de 2004 entre el Ayuntamiento de Colonia y GKM-GbR, se denomina «contrato de arrendamiento» y contiene elementos propios de un contrato de arrendamiento. No obstante es preciso hacer constar que, en dicha fecha, la construcción de las obras de que se trata ni siquiera había comenzado. Por consiguiente, dicho contrato no puede tener como objetivo inmediato el arrendamiento de inmuebles cuya construcción no había comenzado. Por tanto, el objetivo principal de dicho contrato no puede ser lógicamente otro que la construcción de los

citados edificios, entregados posteriormente al Ayuntamiento de Colonia sobre la base de una relación contractual a la que se denominó «contrato de arrendamiento».

57 Sin embargo, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un contrato contiene al mismo tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato, el objeto principal del contrato determinará cuál es la normativa comunitaria que debe aplicarse.

58 Procede señalar además que las obras de que se trata fueron realizadas conforme a las instrucciones especificadas con todo detalle por el Ayuntamiento de Colonia en el contrato principal. De dicho contrato y de sus anexos se desprende que las citadas instrucciones, que se remiten a un documento con la relación precisa de los edificios que debían construirse, su naturaleza y equipamiento, van más allá de las exigencias ordinarias del arrendatario de un inmueble nuevo de unas ciertas dimensiones.

59 Por consiguiente, procede declarar que el objetivo fundamental del contrato principal era la edificación de los pabellones de que se trata conforme a las necesidades especificadas por el Ayuntamiento de Colonia. Además, dichos pabellones constituyen una «obra» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37, por cuanto están destinados a cumplir por sí mismos una función económica y su valor supera ampliamente el umbral previsto por el artículo 6 de dicha Directiva. Además, el contrato se celebró con carácter oneroso entre GKM-GbR, en condición de contratista, con independencia de que ésta decidiera realizar la obra por subcontratación (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 90), y el Ayuntamiento de Colonia, en cuanto entidad adjudicadora. Por consiguiente, dicho contrato ha de calificarse como contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37.

60 Esta conclusión no queda desvirtuada por el argumento de la República Federal de Alemania, basado en que el importe total de la renta que debía abonarse a GKM-GbR en concepto de alquiler, que habría de alcanzar finalmente unos 600 millones de euros, supere con mucho el coste de la construcción de las obras, cifrado en unos 235 millones

de euros, lo que supuestamente demuestra que el elemento «prestación de servicios» prevalece en la operación de que se trata.

61 En efecto, el elemento determinante para la calificación de un contrato como el controvertido es el objeto principal de éste y no el importe de la retribución del contratista o las modalidades que la regulen. Además, no es posible establecer una comparación directa entre las dos cifras antes mencionadas, consideradas en términos absolutos, dado que la cantidad de 600 millones de euros ha de satisfacerse mediante el pago a plazos de una renta durante cerca de treinta años, mientras que el importe de 235 millones de euros corresponde al valor de las obras en el momento de su finalización a finales del año 2005. En realidad, si se considera la citada cantidad de 600 millones de euros conforme a su valor actualizado en el momento de finalización de las obras, se aproxima considerablemente a la cifra de 235 millones de euros. En todo caso, aunque un porcentaje de los 600 millones de euros representara la partida de gastos relativa al arrendamiento, carece de la entidad suficiente y no afecta a la calificación del contrato controvertido.

62 De igual modo, carece de relevancia para la calificación del contrato el hecho de que el contrato principal no contenga, en su caso, una opción u obligación de recompra de los edificios construidos por el Ayuntamiento de Colonia o KölnMesse (véase, en este sentido, la sentencia Auroux, antes citada, apartado 47).

63 En virtud del conjunto de las anteriores consideraciones, procede declarar que el contrato principal de 6 de agosto de 2004, considerado en el contexto general de la operación controvertida, constituye un contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 que debía haberse celebrado conforme a las disposiciones de los artículos 7, apartado 4, y 11 de la misma Directiva. Por consiguiente, debe acogerse el recurso de la Comisión a este respecto.

64 Por consiguiente, procede declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7, apartado 4,

y 11 de la Directiva 93/37, al haber celebrado el Ayuntamiento de Colonia, el 6 de agosto de 2004, un contrato con GKM-GbR sin recurrir al procedimiento de adjudicación de contratos establecidos en dichas disposiciones.

Costas

65 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la República Federal de Alemania y haberlo solicitado así la Comisión, procede condenar a aquélla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) decide:

1) **Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7, apartado 4, y 11 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al haber celebrado el Ayuntamiento de Colonia, el 6 de agosto de 2004, un contrato con la sociedad inmobiliaria Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, actualmente Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, sin recurrir al procedimiento de adjudicación de contratos establecidos en dichas disposiciones.**

2) **Condenar en costas a la República Federal de Alemania.**

Firmas